

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ MUÑOZ

Magistrada ponente

SP 11732-2014

Radicación N° 43231

(Aprobado Acta No. 288)

Bogotá D.C., septiembre tres (3) de dos mil catorce (2014).

VISTOS

Surtido sin éxito el trámite de insistencia dispuesto en el auto mediante el cual se inadmitió la demanda de casación presentada por el defensor de los procesados JOSÉ ALFREDO y JOHN GEIVER QUITIÁN MARTÍNEZ contra la sentencia de segunda instancia proferida por el Tribunal Superior de Bogotá el 19 de noviembre de 2013, a través de la cual confirmó la dictada el 30 de septiembre anterior por el Juzgado 43 Penal del Circuito de la misma sede que condenó anticipadamente a los mencionados, junto a Francisco Luis Rodríguez Carreño, como cómplices del delito de fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego o municiones.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL

Los primeros, que motivaron el presente diligenciamiento, fueron compendiados por el ad quem de la siguiente manera:

De acuerdo con la Fiscalía, el 11 de diciembre de 2012 a las 14:45 horas, miembros de la Policía Nacional recibieron una llamada en la cual se les informó sobre la presencia en la carrera 73F con carrera 35 sur, de un vehículo en cuyo interior se encontraban unos sujetos armados.

Al llegar allí, la Policía encontró al interior de un vehículo negro a JOHN GEIVER QUITIAN MARTÍNEZ, JOSÉ ALFREDO QUITIAN MARTÍNEZ y Francisco Luis Rodríguez Carreño, el último de los cuales hizo entrega de un arma de fuego tipo pistola cromada, marca Smith 85 Wesson. Al revisar el vehículo automotor se encontró debajo de la silla del copiloto una pistola color negro, calibre 7.65 mm, marca Browning. Estos sujetos manifestaron no tener permiso para el porte.

Por estos hechos JOHN GEIVER QUITIAN MARTÍNEZ, JOSÉ ALFREDO QUITIAN MARTÍNEZ y Francisco Luis Rodríguez Carreño, fueron capturados y judicializados.

Al día siguiente, se celebró audiencia preliminar concentrada ante el Juzgado 52 Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de la misma ciudad, en cuyo desarrollo se impartió legalidad a la captura, la Fiscalía formuló imputación en contra de los aprehendidos como coautores del delito de fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego o municiones y el despacho judicial se abstuvo de imponer medida de aseguramiento en su contra. Los imputados no se allanaron a los cargos.

El 12 de febrero de 2013, la Fiscalía presentó escrito de acusación en contra de los prenombrados por el mismo delito comprendido en la imputación, cuyo conocimiento correspondió al Juzgado 43 Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Bogotá.

El 26 de abril siguiente, cuando las diligencias se encontraban para celebrar audiencia de formulación de acusación, el ente acusador allegó escrito contentivo de preacuerdo donde los acusados aceptan su responsabilidad por el delito objeto de

acusación “consagrado en el artículo 365 del Código Penal, modificado por el artículo 19 de la Ley 1453 de 2011” a título de cómplices, como única rebaja.

En virtud de lo anterior, el mismo despacho judicial llevó cabo, el 30 de septiembre ulterior, audiencia de aprobación de preacuerdo, tras lo cual dictó la correspondiente sentencia por cuyo medio condenó a JOSÉ ALFREDO y JOHN GEIVER QUITIÁN MARTÍNEZ y a Francisco Luis Rodríguez Carreño a la pena principal de cincuenta y cuatro (54) meses de prisión y a las accesorias de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas y privación del derecho a la tenencia y porte de armas por un lapso igual como cómplices del punible aceptado. En la misma determinación, les negó la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria, por lo que dispuso, correlativamente, libar orden de captura en su contra.

Recurrida en apelación esta decisión por la defensa de los procesados JOSÉ ALFREDO y JOHN GEIVER QUITIÁN MARTÍNEZ, el Tribunal Superior de Bogotá la confirmó el 19 de noviembre ulterior.

Contra esta última decisión, la misma parte, de manera exclusiva, la recurrió extraordinariamente mediante libelo, sobre cuya admisibilidad se pronunció la Sala el pasado 11 de junio en el sentido de inadmitirla. Sin embargo, en la misma decisión previno sobre la eventual vulneración de garantías fundamentales, en concreto del “principio de legalidad de la pena al imponer la sanción accesoria de privación del derecho a la tenencia y porte de armas y ante la posibilidad de aplicar por favorabilidad de la ley penal la Ley 1709 de 2014, cuya entrada en vigencia fue posterior a la emisión del fallo impugnado”.

Se dispuso así que una vez se surtiera, en caso de interponerse, el mecanismo de insistencia, retornara la actuación al Despacho de la Magistrada ponente para

pronunciarse sobre el asunto.

Luego, el mismo casacionista promovió mecanismo de insistencia contra el auto inadmisorio de la demanda, del cual conoció el Procurador Segundo Delegado para la Casación Penal, quien no lo encontró procedente, motivo por el cual las diligencias retornan al despacho para los fines anunciados.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Como se precisó, el objeto del presente proveído se circunscribe a (i) verificar la eventual vulneración del principio de legalidad de la pena al imponer la sanción accesoria de privación del derecho a la tenencia y porte de armas y (ii) determinar la posibilidad de aplicar por favorabilidad de la ley penal la Ley 1709 de 2014 cuya entrada en vigencia fue posterior a la emisión del fallo impugnado. A ello se procederá, entonces, en capítulos independientes.

(i) De la eventual vulneración del principio de legalidad de la pena:

En el fallo de primer grado, como atrás se reseñó, el juzgador impuso como penas accesorias a los procesados JOSÉ ALFREDO y JOHN GEIVER QUITIÁN MARTÍNEZ (recurrentes en casación), así como a Francisco Luis Rodríguez Carreño (no recurrente en casación), las sanciones accesorias de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas y privación al derecho de tenencia y porte de armas de fuego “por un lapso igual al de la pena principal”, es decir, de 54 meses. El ad quem, sin reparo alguno, confirmó la anterior determinación.

Ahora bien, el artículo 49 de la Ley 599 de 2000, dispone que: “La privación del derecho a la tenencia y porte de arma. La imposición de la pena de privación del derecho a la tenencia y porte de arma inhabilitará al penado para el ejercicio de este derecho por el tiempo fijado en la sentencia”.

Sin embargo, ese tiempo fijado en la sentencia a que alude la norma anterior, no es, como lo entendió el a quo y lo avaló el Tribunal, el mismo establecido para la pena accesoria de inhabilitación en el ejercicio de derechos y funciones públicas, pues, con ello se desconoce el artículo 51 de la Ley 599 de 2000, referente a la “Duración de las penas privativas de otros derechos”, en cuyo inciso sexto se prescribe que para “La privación del derecho a la tenencia y porte de arma” es “de uno (1) a quince (15) años”.

De este modo surge claro que el proceder de los juzgadores al imponer esta sanción, de carácter accesorio, por el mismo término de la principal de prisión resulta ilegal tanto porque desconoce el precepto anterior que regula su duración, como en cuanto pretermitió el procedimiento de cuartos contemplado en el artículo 61 de la misma normatividad.

Al restablecimiento de la referida garantía deberá, por consiguiente, aprestarse la Sala conforme se lo impone el artículo 180 de la Ley 906 de 2004, al estatuir como uno de los fines de la casación, precisamente, el respeto de las garantías de los intervinientes. Para la enmienda, se considerarán los factores de dosificación aplicados por el funcionario de primera instancia, respecto de los cuales, como ya se dijo, ninguna glosa consignó el Tribunal.

Pues bien, atendiendo el procedimiento de cuartos de dosificación punitiva establecido en el artículo 61 del Código Penal, se tiene que para el caso de la sanción accesoria de privación del derecho a la tenencia y porte de armas de fuego, el ámbito de dosificación,

conforme al inciso sexto del artículo 51 ibídem, según ya se esbozó, es de uno (1) a quince (15) años, o, lo que es lo mismo, de doce (12) a ciento ochenta (180) meses.

Ahora bien, previo a determinar los cuartos de dosificación punitiva es preciso variar el ámbito en cuestión, dado que la responsabilidad preacordada de los implicados - recurrentes y no recurrente en casación- a la cual se le impartió la correspondiente aprobación judicial, fue a título de complicidad por lo que, tratándose indudablemente de una circunstancia modificadora de la punibilidad, se debe aplicar el descuento contemplado en el inciso segundo del artículo 30 ejusdem “de una sexta parte a la mitad”, como lo hizo el funcionario a quo al dosificar la pena principal de prisión y la sucedánea de inhabilitación en el ejercicio derechos y funciones públicas.

Tal procedimiento, siguiendo la pauta prevista en el numeral 5° del artículo 61 del mismo estatuto sustantivo, arroja un ámbito de dosificación comprendido entre seis (6) a ciento cincuenta (150) meses, esto es, de 144 meses para la determinación de los cuartos, por lo que cada uno de ellos es de 36 meses, quedando de la siguiente forma:

Cuarto mínimo de seis (6) a cuarenta y dos (42) meses.

Cuartos medios de (42) meses y un (1) día a ciento catorce (114) meses.

Cuarto máximo de (114) meses y un (1) día a ciento cincuenta (150) meses.

Ahora bien, con sujeción al criterio de dosificación del fallador de primer grado para fijar la pena de prisión y la accesoria de inhabilitación en el ejercicio de derechos y funciones públicas, en el apartado de “determinación judicial”¹, se impondrá el mínimo del primer cuarto, esto es, seis (6) meses de privación del derecho a la tenencia y porte de armas de fuego.

Ello significa que en el presente caso cuando el sentenciador impuso como monto de la pena accesoria en comento cincuenta y cuatro (54) meses, igual al de la pena principal de prisión, se reitera, conculcó el principio de legalidad, garantía de estirpe fundamental prevista en el artículo 29 de la Constitución Política, a cuyo amparo los funcionarios judiciales están obligados a fijar las sanciones dentro de los límites cuantitativos y cualitativos establecidos en la ley.

Además, el principio de legalidad, desde el punto de vista de la pena, constituye una garantía para el procesado y para la comunidad, pues los ciudadanos tienen la certeza de que en ejercicio del ius puniendi el Estado sólo podrá sancionar en razón de la comisión de una conducta punible dentro del margen establecido en la ley, sin que pueda desbordarse a discreción o capricho de los funcionarios judiciales, pues un tal proceder comportaría no sólo violación del referido principio, sino también de los de igualdad de las personas ante la ley y seguridad jurídica.

El ajuste de la sanción accesoria aludida al principio de legalidad, por último, se aplicará tanto a favor de los recurrentes en casación JOSÉ ALFREDO y JOHN GEIVER QUITIÁN MARTÍNEZ, como del no recurrente Francisco Luis Rodríguez Carreño, por virtud, esto último, de lo señalado en el artículo 187 de la Ley 906 de 2004, según el cual: “Aplicación extensiva. La decisión del recurso de casación se extenderá a los no recurrentes en cuanto les sea favorable”.

Resta señalar, que los demás ordenamientos de la sentencia impugnada se mantendrán incólumes en tanto no se afectan con esta determinación.

(ii) Aplicación por favorabilidad de la Ley 1709 de 2014:

En el auto inadmisorio de la demanda de casación presentada por el defensor de JOSÉ

ALFREDO y JOHN GEIVER QUITIÁN MARTÍNEZ, también se previno sobre la posibilidad de aplicar por favorabilidad la Ley 1709 de 2014 cuya entrada en vigor fue posterior a la sentencia confutada.

Sobre la temática en cuestión recientemente se pronunció la Sala en sentido de que en tal supuesto la competencia radica en los jueces de ejecución de penas. Al respecto, se expusieron los siguientes motivos (CSJ, AP jul. 23 2014, rad. 43591):

Estima ahora la Corte que es necesario variar nuevamente su jurisprudencia y retornar a la postura inicial, para señalar entonces que lo relativo a la aplicación del principio de favorabilidad, en virtud de la expedición de una ley nueva, le corresponde definirlo a los Jueces de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad cuando el tema no haya sido materia de decisión en el fallo objeto del recurso extraordinario de casación por no estar vigente en ese momento la mencionada disposición legal. Ello atendiendo las siguientes potísimas razones:

En primer lugar, porque así lo establece el numeral 7º del artículo 79 de la Ley 600 de 2000 al asignar a los Jueces de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad la competencia para aplicar el principio de favorabilidad. Norma de idéntico contenido, es de anotar, también está prevista en la Ley 906 de 2004 (art. 38, numeral 7º), lo cual supone la ejecutoria de la sentencia.

En segundo lugar, por razón del principio de limitación que gobierna el recurso extraordinario, en virtud del cual la Corte solamente puede ocuparse de los motivos casaciones (sic) postulados por los sujetos procesales, salvo si se trata de restablecer garantías fundamentales, situación que, desde luego, no resulta viable predicar cuando, por la no vigencia aún de una ley nueva, la sentencia de segunda instancia no tuvo oportunidad de abordar el tema allí regulado.

En tercer lugar, por cuanto absteniéndose la Corte de pronunciarse sobre una

materia que no fue objeto de debate en el curso del proceso, garantiza la plena vigencia del principio de la doble instancia al permitir que la decisión del Juez de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad, favorable o desfavorable al reo, sea objeto de controversia por las partes a través del recurso de apelación.

Y, en cuarto término, porque en particular, frente a la suspensión condicional de la ejecución de la pena, uno de los aspectos objeto de reforma sustancial en la Ley 1709 de 2014, se tiene que el artículo 63 del Código Penal impone emitir pronunciamiento sobre ese subrogado en las sentencias de primera, segunda o única instancia, sin incluir los fallos dictados en sede de casación, lo que no excluye, desde luego, su estudio cuando, por ejemplo, el tema ha sido objeto de decisión en el fallo de segundo grado y, por ende, materia del recurso extraordinario o cuando como consecuencia del ejercicio de la competencia de la Corte se torna imperioso su análisis en virtud de haberse redosificado la pena, o de oficio cuando se observe una violación flagrante de derechos fundamentales.

Por tanto, en consideración a las anteriores razones, la Sala se abstiene de decidir sobre la aplicación favorable en este caso de la Ley 1709 de 2014, lo cual corresponderá al Juez de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad respectivo (subraya inicial fuera de texto).

En ese orden, la Sala se abstendrá de pronunciarse sobre ese concreto tópico, el cual corresponderá definir al Juez de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad respectivo.

En mérito de lo expuesto, la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN PENAL,

RESUELVE

1.- CASAR oficiosa y parcialmente el fallo de segundo grado en el sentido de fijar en

seis (6) meses la pena accesoria de privación del derecho a la tenencia y porte de armas de fuego impuesta a JOSÉ ALFREDO QUITIÁN MARTÍNEZ, JOHN GEIVER QUITIÁN MARTÍNEZ y a Francisco Luis Rodríguez Carreño.

2. ACLARAR que los restantes ordenamientos de la sentencia impugnada se mantienen incólumes.

3. ABSTENERSE, por falta de competencia, de pronunciarse sobre la aplicación favorable de la Ley 1709 de 2014.

Contra esta providencia no procede recurso alguno.

Notifíquese y cúmplase.

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ MUÑOZ

GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ

EYDER PATIÑO CABRERA

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria

1 Fols. 123 y 124 de la carpeta.